



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

GUILHERME HENRIQUE DOLFINI GONÇALVES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA
PERDA DE UMA CHANCE**

BRASÍLIA - DF

2014

GUILHERME HENRIQUE DOLFINI GONÇALVES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA
PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Einstein Taquary

BRASÍLIA - DF

2014

GUILHERME HENRIQUE DOLFINI GONÇALVES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA
PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Einstein Taquary

Brasília, 04 de Abril de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Einstein Taquary
Orientador

Prof. Júlio Ribeiro
Examinador

Prof. Danilo Porfírio
Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a questão da possibilidade de responsabilizar civilmente o advogado que age com negligência na sua atuação profissional, ocasionando ao seu cliente a perda da chance de evitar um prejuízo ou obter um lucro. Desta forma, diante das incertezas que envolvem a Teoria da Perda de uma Chance, será realizada uma análise do instituto da responsabilidade civil, abordando desde a sua evolução histórica até as suas espécies, com o intuito de buscar as possíveis causas que ensejariam a responsabilidade civil do advogado por danos causados ao seu cliente. Assim, é pretendido, utilizando-se de uma pesquisa bibliográfica, explorar minuciosamente os aspectos gerais da teoria da perda de uma chance, com o enfoque na possibilidade ou não de responsabilizar civilmente o advogado que causar danos, em decorrência da incúria profissional, ao seu cliente.

Palavras chave: Responsabilidade Civil. Advogado. Perda de Uma Chance.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1. RESPONSABILIDADE CIVIL | 9 |
| 1.1 Histórico da Responsabilidade Civil | 9 |
| 1.2 Conceito de Responsabilidade Civil | 10 |
| 1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil | 11 |
| <i>1.3.1 Ação ou Omissão do Agente</i> | <i>11</i> |
| <i>1.3.2 Culpa do Agente</i> | <i>12</i> |
| <i>1.3.3 Dano</i> | <i>14</i> |
| <i>1.3.4 Nexo Causal</i> | <i>16</i> |
| 1.4 Responsabilidade Civil Subjetiva | 17 |
| 1.5 Responsabilidade Civil Objetiva | 18 |
| 1.6 Responsabilidade Contratual e Extracontratual | 19 |
| 1.7 Excludentes da Responsabilidade Civil | 20 |
| <i>1.7.1 Na Esfera Contratual</i> | <i>20</i> |
| <i>1.7.2 Na Esfera Extracontratual</i> | <i>21</i> |
| <i>1.7.2.1 Culpa Exclusiva e Concorrente da Vítima</i> | <i>21</i> |
| <i>1.7.2.2 Culpa de Terceiro</i> | <i>22</i> |
| <i>1.7.2.3 Caso Fortuito e Força Maior</i> | <i>22</i> |
| 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO | 24 |
| 2.1 Do Advogado | 24 |
| 2.2 A natureza jurídica da responsabilidade civil do advogado | 25 |
| 2.3 Obrigação de meio ou de resultado | 25 |
| 2.4 Situações que acarretam a responsabilidade civil do advogado | 27 |
| <i>2.4.1 Erros de fato e de direito</i> | <i>27</i> |
| <i>2.4.3 Pela omissão de providências</i> | <i>28</i> |
| <i>2.4.4 Infringir as instruções de seu cliente</i> | <i>29</i> |
| <i>2.4.5 Perda de prazo</i> | <i>29</i> |
| <i>2.4.6 Outras situações de responsabilidade do advogado</i> | <i>30</i> |
| 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 31 |
| 3.1 A História da Teoria da Perda de uma Chance | 31 |
| 3.2 Análise geral da Teoria da Perda de Uma Chance | 33 |

| | |
|---|-----------|
| 3.3 O <i>Quantum</i> Indenizatório pela perda de uma chance..... | 39 |
| 3.4 Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Advocacia e o Posicionamento Jurisprudencial | 40 |
| <i>3.4.1Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Advocacia.....</i> | <i>41</i> |
| <i>3.4.2Posicionamento Jurisprudencial acerca da Teoria da Perda de uma Chance</i> | <i>43</i> |
| CONCLUSÃO..... | 50 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o instituto da responsabilidade civil voltado para a esfera da advocacia com a aplicação da teoria da perda de uma chance, vislumbrando a possibilidade ou não da responsabilização civil do advogado quando este age com negligência durante o exercício de seu mandato.

O interesse em realizar o estudo sobre o tema ora apresentado é de demonstrar que, mesmo com a ausência de dispositivo legal regulando a teoria da perda de uma chance, sua aplicação só traz benefícios à sociedade e, ainda, disponibiliza novos instrumentos à classe jurídica no julgamento de determinados casos. Tais benefícios advêm do fato de, mesmo não havendo a possibilidade de saber qual seria o resultado final da demanda que não ocorreu, tornar indenizável a perda de uma chance em obter um lucro ou evitar um prejuízo por intermédio da referida teoria.

Assim, ante a conhecida existência de danos patrimoniais sofridos por clientes patrocinados por advogados mal preparados, a teoria da perda de uma chance surge para auxiliar o nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a ausência de previsão legal, para garantir uma proteção aos cidadãos que tem o interesse de demandar judicialmente em busca de justiça.

O objetivo central deste trabalho monográfico é analisar a possibilidade de indenizar o cliente que foi prejudicado em decorrência da negligência na sua atuação profissional de seu patrono. Para tanto, o trabalho será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando doutrinas, artigos da internet e jurisprudências de diversos tribunais, cujas informações subsidiarão o presente estudo.

Inicia-se em seu primeiro capítulo com um exame do próprio instituto da responsabilidade civil, analisando os seus pressupostos caracterizadores, as formas e as possibilidades de caracterização da responsabilidade civil.

Já o segundo capítulo trata, especificamente, da responsabilidade civil do advogado, procurando analisar as alternativas em que podem ser aplicadas, assim como as diversas situações em que ensejam a responsabilidade civil do advogado.

No derradeiro e terceiro capítulo, é realizada uma análise direta da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance, esmiuçando sua origem histórica, os seus pressupostos e as situações em que possibilitarão a sua aplicação junto à responsabilidade civil do advogado.

Assim, a teoria da perda de uma chance, de origem francesa, ainda pouco explorada no âmbito doutrinário brasileiro, vem sendo bem aceita no campo jurisprudencial, demonstrando a sua capacidade de resguardar o direito de alguém que foi lesado, em situações que demonstram dificuldades na comprovação do nexo causal entre o ato que causou o dano e próprio dano vivenciado.

Nesta senda, ante às diversas ocasiões que a teoria da perda de uma chance pode ser aproveitada no ramo da advocacia, desde que existam as condições necessárias referentes à responsabilidade civil pela perda de uma chance, serão estudados a seguir os casos possíveis de responsabilizar civilmente um advogado, por dano causado ao seu cliente no exercício da sua profissão.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste primeiro capítulo será realizado um estudo acerca do instituto da responsabilidade civil, abordando o seu contexto histórico, seus pressupostos e algumas de suas espécies.

1.1 Histórico da Responsabilidade Civil

O início do desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil se deu no Direito Romano, com a formação das primeiras sociedades, baseado na ideia de vingança particular, ou seja, apesar de ser algo primitivo, foi a forma encontrada para se sentir justificado perante um dano sofrido.¹

Seguindo a forma supracitada em alcançar a justiça, surgiu a Lei de Talião, do “olho por olho, dente por dente”, onde era aplicado o conceito de reciprocidade do dano causado, dando a oportunidade do ofendido em punir o ofensor nos limites do dano experimentado.²

Ocorreu, assim, a evolução da responsabilização da pessoa que ofender outrem, sem que houvesse a aplicação da Lei de Talião. Logo, a pessoa que causasse dano à outra, não seria mais punida no mesmo grau de lesão, e sim, devendo indenizar o lesado em dinheiro ou em bens.³

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual. Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas em por uma pena proporcional ao dano causado.⁴

A Lex Aquilia teve grande papel na inserção da culpa como o principal pressuposto da responsabilidade, da maneira que caso não fosse possível provar o nexo causal do dano com o ato do ofensor, este não seria responsabilizado em reparar o dano. Com o surgimento do Código Napoleônico de 1804, foi difundida a visão de que a responsabilidade

¹ Gagliano, P. S. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. São Paulo: Saraiva.

² Gonçalves, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, volume IV: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva.

³ Gagliano, P. S. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. São Paulo: Saraiva

⁴ *Ibidem* p. 58

deveria ser acompanhada de culpa, caracterizando o instituto da responsabilidade civil subjetiva.⁵

Diante deste relato histórico, que explica brevemente o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, nota-se a grande importância desta evolução que, frente às necessidades de regular a relação entre membros da sociedade, foi se aprimorando com o objetivo de alcançar as diversas situações que poderiam ensejar a sua utilização nos corriqueiros conflitos sociais, evitando, assim, que haja a punição desproporcional.

Esta evolução demonstra a versatilidade do direito, e a capacidade que o legislador tem de moldar o ordenamento jurídico de acordo com a evolução social, com o objetivo maior de garantir justiça a todos, e a aplicação da responsabilidade civil é uma alternativa de auferir a justiça.

1.2 Conceito de Responsabilidade Civil

O que torna a matéria da responsabilidade civil extremamente instigante, é a necessidade de sua implementação no ordenamento jurídico, tendo em vista que a vida em sociedade gera automaticamente conflitos que decorrem das condutas de seus cidadãos. Assim, a responsabilidade civil tem como papel estabelecer em quais situações uma pessoa pode ser responsabilizada pelo dano sofrido por outra e em quais circunstâncias será obrigada a reparar tal dano.

Neste contexto, entende-se que “a palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.”⁶

Ainda, “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal”.⁷

Como também, “a responsabilidade em sentido amplo, encerra a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou uma ação”.⁸

⁵ Venosa, S. d. (2011). **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas.

⁶ Gagliano, P. S. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. São Paulo: Saraiva. p. 2.

⁷ Diniz, M. H. (2009). **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. São Paulo: Saraiva. pag. 34.

⁸ Venosa, S. d. (2011). **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas. Pag. 4.

Vale ressaltar que, devido às evoluções, como já mencionadas, a respeito do instituto, apesar do agente ser o responsável pelo dano causado, o que de fato sofrerá com a punição indenizatória será o seu patrimônio, ou seja, “a responsabilidade civil é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. Desse modo, se o causador do dano obrigado a indenizar não tiver bens que possa ser penhorados, a vítima permanecerá irressarcida”.⁹

Das diversas definições sobre responsabilidade civil, é possível notar que a sua principal função é recompor a estabilidade moral ou patrimonial resultante da lesão sofrida pela vítima, ou seja, colocando a vítima o mais próximo possível da posição que estaria caso o dano não tivesse ocorrido.

Assim, é plausível concluir que é pela responsabilidade civil que se encontra a resposta a ser dada à pessoa que sofre um dano, como também é a resposta justa ao causador do dano, devendo este reparar os prejuízos causados, sempre verificando os seus principais fatores, que serão devidamente estudados no próximo tópico, quais sejam: ação ou omissão, dolo ou culpa, nexo de causalidade e dano.

1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Sobre a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, destaca-se: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”¹⁰

Desta forma, é necessária a presença de alguns pressupostos para que a pessoa seja responsabilizada por um dano, tais pressupostos serão a seguir explorados.

1.3.1 Ação ou Omissão do Agente

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou do fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.¹¹

⁹ Gonçalves, C. R. (2009). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. pag. 21.

¹⁰ Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro art. 186*. São Paulo, Brasil: Saraiva.

¹¹ Diniz, M. H. (2009). *Curso de Direito Civil Brasileiro 7º Volume*. São Paulo: Saraiva. pag. 40.

Tal pressuposto visa demonstrar que a pessoa munida do seu livre arbítrio, tem a autonomia para agir da maneira que quiser, devendo ser responsabilizada caso a sua ação venha atingir outrem. No entanto, o agente responsável pelo dano causado nem sempre foi o executor do ato causador do dano, podendo este ato ter sido praticado por terceiro que esteja sob sua tutela.

Na ótica da omissão, verifica-se que, “se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um nada, um não fazer, uma simples abstenção, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo”.¹²

A omissão é de suma importância em se tratando da responsabilidade civil do advogado, em casos em que mediante contrato realizado entre o advogado e o seu cliente, aquele se torna obrigado a atingir determinado resultado.

1.3.2 Culpa do Agente

Primeiramente, pode-se conceituar culpa, “como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.¹³

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da imprudência (comportamento açoitado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); e da imperícia (a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano).¹⁴

Logo, constata-se que a culpa normalmente presuma-se da ocorrência da ação ou omissão acarretada por imprudência, negligência ou imperícia. Importante salientar que, na conduta culposa danosa, não é necessária a presença do elemento dolo, uma vez que para caracterizar culpa, é necessária que a conduta esteja abarcada por imperícia, negligência e imprudência, caracterizando a culpa em sentido estrito.

A culpa em sentido estrito, traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir

¹² Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo: Saraiva. Pag. 29.

¹³ Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. Pag. 34

¹⁴ Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pag. 130

comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*. (Stoco, 2007, p. 130)¹⁵

Para a responsabilização civil em si, as distinções acerca da culpa são quase irrelevantes, tendo como maior importância analisar se o causador do dano agiu com culpa civil, em sentido lato, tendo em vista que geralmente a gravidade do dolo ou da culpa não deve servir de parâmetro para se atingir o valor justo a ser indenizável, devendo o magistrado se basear no prejuízo gerado.¹⁶

Esta culpa, em sentido *lato* (sentido amplo), consiste na desatenção de um conhecimento que o agente deveria demonstrar domínio, que envolve além da negligência, imprudência ou imperícia, como também o dolo.¹⁷

Na doutrina chega-se a três graus de culpa, a grave, a leve e a levíssima, conforme o que segue:

A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter. (Venosa, 2011, p. 25)¹⁸

Desta forma, o grau da culpa estipulado pela doutrina serve como auxílio ao magistrado para fixar o *quantum indenizatorium*, conforme estabelece o artigo 944, em seu parágrafo único, do Código Civil de 2002: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”¹⁹

Assim, conclui-se, que se o ato gerador do dano tiver sido causado pelo elemento culpa, juntamente com outros requisitos, o agente causador da lesão deverá indenizar a vítima.

¹⁵ Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pag. 130.

¹⁶ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas.

¹⁷ *ibidem*

¹⁸ *Ibidem*, p.25

¹⁹ Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro art. 944*. São Paulo: Saraiva.

1.3.3 Dano

É imprescindível a existência de dano para responsabilizar alguém civilmente, tendo em vista ser um dos pressupostos mais importantes na esfera da responsabilidade civil.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade em dano. Na responsabilidade objetiva qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado, etc -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que se reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.²⁰

Logo, caso o fato ocorrido, sendo lícito ou ilícito, culposo ou doloso, se não houver o elemento dano, este fato não irá caracterizar a responsabilidade civil, ou seja, a pessoa que mediante um ato não causar dano a outrem, não há que se falar em responsabilidade civil, pois, não havendo dano, não haverá a possibilidade de existir o que reparar.

O elemento dano pode ser subdividido em patrimonial e moral. “O dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.”²¹

No dano patrimonial, podem-se destacar dois aspectos, o dano emergente e os lucros cessantes. Em se tratando de dano emergente, consiste ao verdadeiro prejuízo causado ao lesado, efetivamente o que ele perdeu. Já os lucros cessantes, refere-se ao lucro que o lesado deixou de obter em decorrência do dano causado, ou seja, o que ele poderia ter ganhado e não ganhou.²²

O dano emergente é considerado o dano mais fácil de ser constatado, uma vez que é o dano que atinge diretamente o patrimônio do lesado, conhecido como dano positivo. Logo, em um determinado acidente de automóvel, por exemplo, o dano emergente é o valor do custo para reparar o veículo no estado que estava anteriormente.²³

²⁰ Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. Pag. 92

²¹ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas. Pag. 30.

²² Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo: Saraiva.

²³ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

Já o lucro cessante, é considerado o que a vítima poderia ter lucrado caso o dano não ocorresse, ou seja, o que deixou de lucrar em decorrência do dano. De fato é uma situação mais complexa tendo em vista a dificuldade em avaliar a situação, analisando o que a vítima receberia caso o evento danoso não tivesse ocorrido. A aplicação deste tipo de reparação deve ser feita com muita cautela, utilizando-se da ponderação para que não haja enriquecimento ilícito, e sim uma reparação somente a título de indenização. Em hipótese correspondente ao acidente de veículo, para se ter uma noção da reparação de lucros cessantes, deveríamos analisar o quanto o seu proprietário deixou de ganhar com os dias que ficou sem utilizá-lo.²⁴

Para que não haja essa ocorrência de lucro indevido em decorrência da reparação de lucro cessante, é de suma importância que a necessidade de tal reparação seja devidamente provada. Evitando que pessoas de má índole, incentivadoras da famigerada indústria da indenização, obtenham o sucesso em demandas judiciais absurdas, com o único intuito de obter um lucro abusivo, e não buscar o justo ressarcimento.²⁵

Prosseguindo, verifica-se na esfera doutrinária o conceito de dano reflexo ou dano em ricochete, no qual se refere a situações em que uma pessoa sofre um dano causado a outra. O centro da questão baseia-se em descobrir se a última pessoa afetada pode, diretamente, acionar o agente responsável pela criação do ato danoso.

“O problema surge, por exemplo, na perda da capacidade de trabalho ou morte de uma pessoa que reflete em prejuízo para seus dependentes diretos e indiretos. Os tribunais franceses, nessa situação, exigem um liame de direito direto entre a vítima inicial e a vítima ricochete. A dificuldade é saber até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano. Até que grau de parentesco pode ser admitida essa responsabilidade? Ao que parece, a jurisprudência brasileira ainda não deu resposta clara a essa questão. Importa saber, no caso concreto, verificar o nexo de causalidade. Em princípio, os danos causados reflexamente não devem ser indenizados, admitindo-se que seja pleiteada por aqueles sob sua dependência econômica.”²⁶

“Vale esclarecer que a perda de uma chance se encontra entre o dano emergente e o lucro cessante, não devendo ser confundida com os conceitos dessas duas formas de reparação.”²⁷

²⁴ *ibidem*

²⁵ Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo: Saraiva.

²⁶ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas. Pag. 31.

²⁷ Savi, S. (2009). **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas.

A perda de uma chance pode ir além dos danos materiais, podendo chegar a acumular danos morais.

Em muitas ocasiões a questão da existência de uma chance séria e real foi enfrentada adequadamente pelos Tribunais. Todavia, ao decidirem acerca das conseqüências da frustração da oportunidade, diversos tribunais entenderam que a vítima somente poderia ter sofrido danos morais. Em outras palavras, há inúmeros precedentes entendendo que a frustração de uma chance séria e real somente deva ser considerada como 'agregador' do dano moral, refletindo no montante da indenização a este título.²⁸

Em relação à teoria da perda de uma chance, na situação que o advogado perde determinado prazo processual, ou seja, um ato danoso culposos por parte do patrono que compromete um resultado futuro, que de certa forma já não haveria a possibilidade de saber qual seria o resultado final, tornando-o absolutamente impossível.²⁹

Com isso, verifica-se a cabal simetria de causalidade entre o evento danoso e a perda da chance, especificando as aludidas chances como um dano específico e diferente do dano final.³⁰

1.3.4 Nexo Causal

O nexos causal é outro requisito de grande importância a ser considerado para que seja invocada a reparação de um dano pela responsabilidade civil, uma vez que é necessária a existência do nexos causal entre o fato e o estrago produzido. Ou seja, o nexos causal é a ligação existente entre o ato do agente e o dano causado, verificando se o dano não aconteceria se o ato gerado pelo agente não tivesse sido praticado.

De acordo com Venosa, o conceito de nexos causal surge das leis naturais, sendo a ligação das ações do agente, devendo haver essa verificação de ligação, podendo, assim, chegar ao responsável pelo dano causado, por esse motivo é considerado elemento indispensável para constatar a responsabilidade civil.³¹

Assim, para que haja responsabilidade civil, deverá haver o nexos de causalidade entre a ação ou omissão do agente com o dano causado. Obviamente que, como

²⁸ Silva, R. P. (2009). **A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. São Paulo : Atlas.

²⁹ Ibidem

³⁰ Ibidem

³¹ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

quase toda regra, nesta também há exceções, no caso de haver quebra do nexo causal, quando houver culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Venosa afirma que, no caso fortuito e na força maior, não existe a ligação de causa e efeito entre a ação do agente e o dano, e, desta forma, são considerados como excludentes do nexo causal.³²

Stoco infere que, nas situações que a lesão ocorreu por culpa exclusiva da vítima, entende-se que esta não tem direito de receber nenhuma indenização, devendo sempre ser realizada a devida comprovação do nexo causal em cada situação concreta, não constituindo nenhuma regra absoluta.³³

Logo, não irá existir a possibilidade de responsabilizar o agente caso inexista o nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta, exceto nas situações que serão adiante explicadas no tópico a respeito das excludentes da responsabilidade civil.

1.4 Responsabilidade Civil Subjetiva

Na responsabilidade civil subjetiva, conforme a teoria clássica, a constatação da culpa no evento danoso é o mais importante pressuposto, não podendo ninguém ser censurado pelo seu ato sem que tenha faltado com o devido cuidado de agir. Conforme dispõe o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, o qual ratifica a culpa como pressuposto da responsabilidade subjetiva, demonstrando clareza na sua aplicação em sentido amplo, *lato sensu*, que alcança o dolo e a culpa em sentido estrito.³⁴

A responsabilidade civil subjetiva é a consequência do dano causado em decorrência de ato doloso ou culposos.

Esta culpa, por ter natureza civil, caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme cediço doutrinariamente através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, violar direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano), regra geral, mantida, com aperfeiçoamentos, pelo artigo 186 do Código Civil de 2002 (Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito).³⁵

³² *ibidem*.

³³ Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

³⁴ Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

³⁵ Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil* Volume III. São Paulo : Saraiva. pag. 13.

Assim, pode-se chegar à conclusão que, para constatar a existência de responsabilidade civil subjetiva, a qual se aplica no caso concreto, é imprescindível a existência do elemento culpa.

1.5 Responsabilidade Civil Objetiva

Na responsabilidade civil objetiva, a culpa não é elemento necessário para responsabilizar o agente pelo dano causado, ao contrário da responsabilidade subjetiva, basta que a atividade exercida pelo agente crie algum risco capaz de causar um dano a outrem, independentemente da culpa, tendo como fundamento a Teoria do Risco.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.³⁶

Logo, o responsável por criar um risco deverá responder pelos seus efeitos, não sendo necessária a existência de culpa, mas sim, a existência do nexo de causalidade e do dano.

O artigo 972 do Código Civil de 2002 é estabelecido o sistema de responsabilidade civil brasileiro:

Aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187), causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.³⁷

Destarte, a ideia que é aplicada acerca da responsabilidade civil no Brasil é a regra dual de responsabilidade civil, ou seja, uma forma mesclada de se aplicar a responsabilidade subjetiva e a objetiva, conforme cada caso concreto, assim como dispõe o artigo 927 do Código Civil de 2002.³⁸

³⁶ Gonçalves, C. R. (2014). *Direito Civil Brasileiro*, volume IV: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva.

³⁷ Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro*, Art. 927. São Paulo, Brasil: Saraiva.

³⁸ Gagliano, P. S. (2014). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo: Saraiva.

1.6 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

O causador de um dano ficará obrigado a indenizar a vítima, sempre que infringir o dever jurídico *lato sensu*, de não lesar. O ato danoso pode ferir um dever contratual, ou, de um fundamento geral do Direito, ou até mesmo pela própria lei.³⁹

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.⁴⁰

Na responsabilidade contratual, o fundamento base é a não execução da obrigação firmada, ocorre por uma quebra a uma obrigação acordada pela autonomia de vontade das partes. O ato jurídico lesionado é a própria vontade das partes.

Já a responsabilidade extracontratual, considerada como:

[...] delitual ou aquiliana decorre da violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um direito ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre o lesado e o lesante. Resulta, portanto, da observância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou personalidade, ou melhor, de violação negativa de não prejudicar ninguém.⁴¹

Então, em síntese, pode-se dizer que a responsabilidade extracontratual é o surgimento de uma obrigação indenizatória em decorrência do cometimento de um ato ilícito, ou seja, uma lesão ao dever legal. Pois, diante da necessidade social que exige o cumprimento de normas jurídicas, direitos e deveres, cometendo um ato ilícito, o responsável tem a obrigação de reparar o dano causado.

Em ambas as formas de responsabilidade civil, há uma agressão a um dever jurídico existente. A diferença está na exigência desse dever. Assim, a responsabilidade contratual ocorre quando o dever jurídico lesionado está expressamente estabelecido em contrato. O comportamento das partes do contrato já é previamente definido e a obrigação específica fica adstrita, estabelecendo uma relação jurídica entre as partes. Na

³⁹Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

⁴⁰*Ibidem* pag. 15

⁴¹Diniz, M. H. (2009). *Curso de Direito Civil Brasileiro 7º Volume*. São Paulo: Saraiva. pag. 459.

responsabilidade extracontratual o dever jurídico atentado não faz parte do acordado em contrato, devido a isso que os deveres jurídicos cada vez mais têm como fonte os contratos.⁴²

Estas são algumas características da responsabilidade civil contratual e extracontratual, no âmbito da responsabilidade civil do advogado, que será, normalmente, regida em forma de contrato, no qual exigirá que haja uma obrigação de meio, comprometendo o advogado em se esforçar ao máximo para garantir o melhor resultado ao seu cliente.

1.7 Excludentes da Responsabilidade Civil

Na legislação ou na doutrina há situações que ensejam a exclusão da responsabilidade civil, situações estas que são advindas de acontecimentos inevitáveis e imprevisíveis. Tais excludentes podem figurar tanto na esfera contratual como na extracontratual.

1.7.1 Na Esfera Contratual

Na esfera contratual existe a possibilidade da inserção da cláusula de não indenizar. Cláusula expressa por uma das partes, declarando que não se responsabilizará por possíveis danos advindos do contrato, seu descumprimento total ou parcial.⁴³

Sendo que a cláusula de não indenizar não pode ser confundida com a cláusula de irresponsabilidade. Verificando que a primeira afasta a indenização, e a segunda elimina a responsabilidade. Em via de regra, somente a lei pode eliminar a responsabilidade em algumas situações. No âmbito negocial melhor que se denomine a peculiaridade da cláusula de não indenizar, uma vez que esta não exclui a responsabilidade, mas afasta a indenização.⁴⁴

Contudo, esta cláusula não atrai o direito brasileiro, tendo em vista que atualmente o Código Civil está mais voltado ao Direito Privado, onde sua essência é voltada aos princípios constitucionais, e influenciado pela solidariedade social.⁴⁵

⁴² Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo: Saraiva.

⁴³ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

⁴⁴ ⁴⁴ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

⁴⁵ Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo : Saraiva.

A cláusula de não indenizar, no direito civil moderno, é subordinada a alguns padrões como a igualdade dos estipulantes e a não-infração de princípios de ordem pública.

Desta forma, a cláusula de não indenizar se torna abusiva em casos que a vítima não concorre exclusivamente para a ocorrência do dano, não devendo essa cláusula prosperar, e a vítima ser reparada civilmente.⁴⁶

Assim, somente em casos em que as partes contratantes tiverem entre si uma relação de igualdade, de forma que a exclusão do direito à indenização não traduz renúncia do contratante financeiramente mais fraco.⁴⁷

1.7.2 Na Esfera Extracontratual

As excludentes de responsabilidade civil na esfera extracontratual são as ocasiões onde existe um rompimento no nexo de causalidade, carecendo de um dos elementos que compõe da responsabilidade civil, acarretando a impossibilidade de pretensão indenizatória.⁴⁸

Destarte, as excludentes de responsabilidade civil extracontratual, são fatos que estorvam a ilicitude dos acontecimentos e interrompem o nexo causal, afastando a responsabilidade do agente. Serão analisadas algumas hipóteses em que se configuram como excludentes de responsabilidade civil extracontratual.

1.7.2.1 Culpa Exclusiva e Concorrente da Vítima

A culpa exclusiva da vítima é caracterizada pela inexistência da relação do evento danoso com o ato do agente, situação que responsabiliza a vítima pela existência do dano. Neste caso, não haverá a possibilidade de pleitear por indenização do demandado.⁴⁹

Em se tratando de culpa concorrente, a vítima tem culpa parcial ou concorrente com o causador do dano, ou seja, o autor e a vítima contribuem conjuntamente para gerar o evento danoso.⁵⁰

⁴⁶ *ibidem*

⁴⁷ *ibidem*

⁴⁸ *ibidem*

⁴⁹ Filho, S. C. (2008). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

⁵⁰ Gonçalves, C. R. (2014). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva.

Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade culpa. Desse modo, a partilha dos prejuízos pode ser desigual.⁵¹

Desta maneira, entende-se que havendo a excludente de responsabilidade civil por culpa exclusiva da vítima, exclui completamente a responsabilidade civil do agente em questão. Já no âmbito da responsabilidade civil por culpa concorrente da vítima, ocorre apenas a redução da parcela de responsabilidade civil e sua possível indenização pelo agente causador do dano.

1.7.2.2 Culpa de Terceiro

A pessoa que esteja na condição de terceiro, é aquela que não se confunde com o autor aparente e nem com a vítima, estando envolvida no acontecimento danoso, não tendo conexão com o suposto agente e o lesado.⁵²

A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprescindível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.⁵³

Logo, quando o terceiro for o total responsável pelo evento danoso, afasta plenamente a relação de causalidade entre a conduta do suposto autor e a vítima.⁵⁴

Assim, a exclusão da responsabilidade civil do autor aparente se configurará quando for comprovada que a culpa for exclusiva do terceiro, sem a sua concorrência, havendo o rompimento do nexo de causalidade.⁵⁵

1.7.2.3 Caso Fortuito e Força Maior

O caso fortuito e a força maior estão dispostos no artigo 393 do Código Civil de 2002:

⁵¹ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas. Pag. 40

⁵² Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência* . São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁵³ Gonçalves, C. R. (2014). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil* . São Paulo: Saraiva. pag. 812

⁵⁴ Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

⁵⁵ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou a força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.⁵⁶

Apesar de terem efeitos parecidos no âmbito da responsabilidade civil, por afastarem o nexo de causalidade, o caso fortuito e a força maior não são situações sinônimas. O caso fortuito tem como procedência situações das forças naturais, como terremotos e inundações, já a força maior, decorre dos atos humanos, decorrentes de guerra, revoluções, greve, entre outros.⁵⁷

Ainda, em se tratando de caso fortuito, verifica-se a existência de duas modalidades desta espécie de excludente, com o objetivo de dar mais proteção à vítima afetada por um dano. A primeira modalidade é o caso fortuito externo, ou seja, é o evento danoso imprevisível, causado pelas forças da natureza, que exclui a responsabilidade do agente aparente. A segunda modalidade é o caso fortuito interno, o qual o agente, mesmo que não tenha contribuído diretamente para o evento, teve certa parcela de culpa, acarretando sobre ele o dever de indenizar.⁵⁸

⁵⁶ Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro art. 393*. São Paulo: Saraiva.

⁵⁷ *ibidem*

⁵⁸ Gonçalves, C. R. (2014). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Este capítulo tem como objetivo demonstrar a importância do advogado para a sociedade e esmiuçar as ocasiões em que, sendo ele o responsável pelos danos comprovadamente causados ao seu cliente, poderá ser responsabilizado civilmente e obrigado a indenizar pelos prejuízos causados em decorrência da sua incúria profissional.

2.1 Do Advogado

Para iniciarmos este capítulo é necessário que compreendamos o que vem a ser o advogado e o exercício da advocacia.

A advocacia pode ser entendida como a arte de defender e é personalizada na figura do advogado. O Direito Romano define essa pessoa como aquele que expõe ante o juiz competente a sua intenção ou a demanda de um amigo, ou para bem combater a pretensão de outro. Para o ordenamento jurídico brasileiro, o advogado é o sujeito que defende os interesses de terceiros em juízo, estando para isso habilitado de acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Etimologicamente, a palavra tem sua origem no latim, “*advocatus*”; desmembrando em duas partes, temos o “ad” que se entende por “para junto”, em seguida temos o “*vocatus*” que se traduz por “chamado”, portanto, é aquele que é invocado ou convocado para estar juntos às partes, para ajudar em suas alegações. Podemos encontrar, ainda, definições do tipo “*postulandi*” ou “*advocati*”, uma vez que possuía o ofício de postular. Ao longo da história, descobrimos outras formas de denominações, como “*causidicus*”, “*togatus*”, “*oratores*”, “*patronus*”, ou seja, qualidades sempre relacionadas ao conhecimento, à proteção e à oratória, refletindo toda a dimensão dessa famigerada profissão. Portanto, o advogado deverá ser sempre aquele que protege, que patrocina o cliente, aconselhando-o, com todo seu conhecimento técnico, dando-lhe o suporte necessário.⁵⁹

Logo, demonstrando a atuação necessária do advogado para a sociedade, verifica-se que o “advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.⁶⁰

Vale destacar ainda, a importância do advogado para que haja a administração da justiça, com o seu papel social e a sua prestação profissional ao serviço público.⁶¹

Desta forma, analisando a importância social da atividade exercida pelo advogado juntamente com os fracassos decorrentes de negligência em sua atuação

⁵⁹ Sollberg, R. G. (01 de Dezembro de 2009). *Âmbito Jurídico*. Fonte: www.ambito-juridico.com.br

⁶⁰ Brasil. (2013). *Constituição Federal art. 133*. São Paulo: Saraiva.

⁶¹ Brasil. (2013). *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo, Brasil: Saraiva.

profissional, que causam danos ao seu cliente, não pode ser, em hipótese alguma, desprezado.⁶²

2.2 A natureza jurídica da responsabilidade civil do advogado

Deverá o advogado indenizar o seu constituinte, sempre que houver transgressões em relação aos parâmetros exigidos para a sua atuação profissional, assim como outros profissionais liberais.⁶³

Em se tratando da responsabilidade civil do advogado, onde é derivada do mandato que lhe é outorgado, deixando clara a existência de uma responsabilidade contratual.⁶⁴

A natureza da relação entre o advogado e o cliente é contratual, devendo aquele responder contratualmente perante seus cliente. Havendo inexecução dessa obrigação por parte do advogado, ele responde pelas perdas e danos causados ao cliente, como ocorre com qualquer obrigado contratual.⁶⁵

Portanto, mesmo que não tenha sido firmado um instrumento escrito entre o advogado e seu cliente, a responsabilidade do patrono, será, em regra, contratual.⁶⁶

2.3 Obrigação de meio ou de resultado

Em decorrência da atividade do advogado constituir obrigações de meios e não de resultado, este só poderá ser responsabilizado pela ineficiência da sua conduta, devendo ser comprovado o dolo ou a culpa.⁶⁷

O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.⁶⁸

⁶² Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo : Saraiva.

⁶³ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas.

⁶⁴ *ibidem*

⁶⁵ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR.

⁶⁶ Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁶⁷ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR

⁶⁸ Brasil. (2013). *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil art. 32*.

Desta forma, entenda-se obrigação de meio:

[...]significa que o advogado se obriga a empregar todo o cuidado e diligência necessários e a cuidar da causa com zelo e atenção, acompanhando o andamento da causa, peticionando quando necessário ou exigindo e acompanhando e cumprindo os prazos processuais. Significa, também, que a sua obrigação é de meios, ou seja, quando o profissional assume prestar um serviço pelo qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de certo resultado.⁶⁹

Entretanto, como toda regra há exceções, obviamente que há determinadas situações em que é esperada uma obrigação de resultado, devendo o advogado em sua atividade assegurar o resultado esperado da obrigação contratada.⁷⁰

No entanto, existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigações de resultado. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado. A matéria, porém, suscita dúvidas e o caso concreto definirá eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar. Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. O exame da gravidade dependerá do caso sob exame. Erros crassos como perda de prazo para contestar ou recorrer são evidenciáveis objetivamente. Há condutas do advogado, no entanto, que merecem exame acurado. Não devemos esquecer que o advogado é o primeiro juiz da causa e interprete da norma. Deve responder, em princípio, se ingressa com remédio processual inadequado ou se postula frontalmente contra a letra da lei. No entanto, na dialética do direito, toda essa discussão será profundamente casuística. É fora de dúvida, porém, que a inabilidade profissional evidente e patente que ocasiona prejuízos ao cliente gera dever de indenizar. O erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomado aqui também como padrão por analogia ‘*bonus pater familias*’. No exame da conduta do advogado, deve ser aferido se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar.⁷¹

Vale ressaltar que, sendo o advogado um profissional liberal, por ter autonomia em executar suas atividades, tendo assim uma responsabilidade subjetiva, o Código de Direito Civil Brasileiro em seu método de responsabilidade objetiva, criou uma ressalva a respeito da condição dos profissionais liberais, no qual em seu artigo 14, parágrafo 4 estabelece que “a responsabilidade em favor dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.⁷²

⁶⁹ Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pag. 499.

⁷⁰ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas.

⁷¹ Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas. pag. 176

⁷² Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

Assim, mesmo que seja contratual e haja a aplicação do Código de Direito Civil, deverá ser provada a culpa do advogado, uma vez que não é possível presumir a culpa nessa modalidade de responsabilidade.⁷³

Logo, sempre que houver a aplicação do Código Civil e de seus princípios na responsabilidade do advogado, deverá haver uma análise específica da ocasião em questão.

2.4 Situações que acarretam a responsabilidade civil do advogado

São ocasiões que, por uma conduta baseada em dolo ou culpa, poderá gerar um dano ao cliente e, conseqüentemente, o advogado será obrigado a reparar este dano gerado.

2.4.1 Erros de fato e de direito

O advogado responde sempre pelos erros de fato por ele cometidos, como, por exemplo, quando, ao elaborar uma defesa trabalhista, admite que o reclamante trabalhava até as 20 horas todos os dias, fazendo jus a 2 horas extras por dia, conquanto no relatório escrito entregue a ele pelo cliente para a elaboração da defesa estivesse dito que o reclamante trabalhava apenas até as 18 horas, diariamente. Quanto ao erro de direito, a questão é mais complexa. Compete ao advogado manter-se adequadamente atualizado da lei, da doutrina e da jurisprudência na área do direito em que está militando. Não é preciso, pois, que seja uma enciclopédia jurídica ambulante, mas não pode escusar-se dos conhecimentos médios do advogado razoavelmente atualizado.⁷⁴

Destaca-se, que para configurar uma situação passível de indenização, deverá esta situação estar abarcada por um erro grave, ou seja, um erro inadmissível a um profissional que foi aprovado no exame de ordem para atuar na sua profissão. (Stoco, 2007)⁷⁵

“O erro inescusável, fruto da ignorância do causídico, importa na obrigação deste profissional de indenizar o seu cliente dos prejuízos que lhe causou, dada a sua manifesta incompetência, o mesmo ocorrendo se o dano for causado por negligência.”⁷⁶

Então, verifica-se que a obrigação de indenizar ou não, em razão de erro grosseiro pela conduta do advogado, é casuística e deve ser analisada em cada caso concreto, devendo ser feita de forma objetiva.⁷⁷

⁷³ *ibidem*

⁷⁴ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR. pag. 34.

⁷⁵ Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁷⁶ *Ibidem* pag. 501

⁷⁷ *ibidem*

2.4.2 Responsabilidade por conselhos e pareceres

O advogado fica responsável:

[...]pelos conselhos dados ao cliente, sob a forma de pareceres, desde que contrários a lei, à jurisprudência e à doutrina, não só pelo fato de ser o conselho absurdo ou errôneo como também por ter agido imprudentemente, pois o advogado deverá pesar as consequências ou os danos causados pela inexatidão do conselho dado.⁷⁸

Logo, todo conselho que for dado pelo advogado, durante o seu mandato, que for claramente em desconformidade com a doutrina, com a lei ou com a jurisprudência, gera imediatamente a obrigação de reparar o dano causado ao seu cliente.⁷⁹

Da mesma forma diante da busca pelo conhecimento e de orientações, diversas pessoas e empresas buscam basear suas decisões em consultas com advogados, ocorrendo por forma de pareceres. Desta maneira, os pareceres que estiverem em desacordo com os ensinamentos jurídicos podem causar grandes prejuízos a seus clientes, devido a essa razão que cada caso deverá ser analisado de forma separada, observando qual o grau de conhecimento esperado do profissional que realizou tal consulta, para assim reconhecer ou não a responsabilidade pela reparação do dano resultante.⁸⁰

2.4.3 Pela omissão de providências

O advogado também será responsável civilmente, nos casos em que advir omissão de providências que poderiam precaver o direito de seu cliente.

Haverá, portanto, responsabilidade do advogado: Pelas omissões de providências necessárias para ressaltar os direitos de seu constituinte, pois, se aceitou o patrocínio da causa, deverá zelar pelo bom desempenho do mandato, fazendo tudo o que puder para sair vitorioso na demanda. Assim, p. ex., responderá civilmente o advogado que: a) recebeu mandato para adquirir em hasta pública um terreno penhorado e deixou de fazê-lo; b) devia protestar o título que lhe foi entregue para cobrança; c) não se habilitou em falência ou concurso de credores; d) permitiu que outro credor se apoderasse da quantia sobre o qual poderia recair a execução do seu cliente; e) deu causa à nulidade de atos indispensáveis à conservação ou ao reconhecimento dos direitos de seu constituinte; f) recusou um acordo proposto pela parte contrária, estando incumbido de uma causa difícil, e vir a perder a demanda, etc.(Lei 8.906, art. 34, IX); g) não cumpriu obrigações assumidas em contrato de

⁷⁸ Diniz, M. H. (2009). *Curso de Direito Civil Brasileiro 7º Volume*. São Paulo: Saraiva. pag. 284.

⁷⁹ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR.

⁸⁰ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR.

mandato judicial, deixando prescrever a pretensão de seu constituinte de perceber prestações devidas.⁸¹

Constata-se que o advogado deve sempre se dedicar ao máximo durante o desempenho do mandato, fornecendo informações frequentemente ao seu constituinte acerca do andamento da demanda de seu interesse e atuando com as diligências necessárias para atingir o sucesso pretendido pelo seu cliente, promovendo tudo que estiver ao seu alcance.⁸²

2.4.4 *Infringir as instruções de seu cliente*

A responsabilidade civil do advogado é alcançada nas hipóteses em que, de maneira negligente, o patrono não seguir as recomendações do seu constituinte e nem lhe contata para que possa segui-las.⁸³

Sendo assim, o advogado será responsável civilmente pela desobediência às instruções do constituinte, alternando-as, excedendo aos poderes nelas contidos ou utilizando os concedidos de modo prejudicial ao cliente, pois elas deverão ser observadas, visto que a função advocatícia não lhe permite dispor dos direitos alheios a seu bel-prazer. Se não concordar com as instruções recebidas, deverá pura e simplesmente renunciar ao mandato. (CPC, art. 45; Estatuto OAB, art. 5, parágrafo 3, e Código de Ética e Disciplina, arts 12 e 12).⁸⁴

Desse modo, as decisões tomadas pelo advogado que forem adversas das instruções dadas pelo seu cliente e, ainda, que afetem a demanda de interesse deste, ocasionarão como consequência a responsabilidade civil do advogado.

2.4.5 *Perda de prazo*

Será responsabilizado civilmente o advogado que negligentemente perder um prazo que vier causar um dano ao cliente.

Pela perda de prazo para cumprir determinação emanada do órgão da Ordem (Lei n. 8.906/94, art. 34, XVI) e para contestação ou recurso. Todavia, só será responsabilizado pelo fato de não haver recorrido, se este era o desejo do seu constituinte e se havia possibilidade de ser reformada a sentença mediante interposição de recurso, cabendo ao seu cliente a prova de que isso aconteceria.⁸⁵

⁸¹ Diniz, M. H. (2009). *Curso de Direito Civil Brasileiro 7º Volume*. São Paulo: Saraiva. pag. 284

⁸² Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR.

⁸³ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR.

⁸⁴ Diniz, M. H. (2009). *Curso de Direito Civil Brasileiro 7º Volume*. São Paulo: Saraiva.

⁸⁵ *Ibidem* p. 284

Importante salientar, que a perda de prazo se trata de erro inescusável, em decorrência da ignorância do advogado, fruto da sua negligência, e, devido a isso, deverá ser responsabilizado civilmente.

2.4.6 Outras situações de responsabilidade do advogado

Pode-se, ainda, enumerar diversas outras possibilidades em que há a presença do instituto da responsabilidade civil do advogado perante o seu cliente.

Senão vejamos:

a) Responsabilidade pela violação de segredo profissional, cujo qual deve ser guardado pelo advogado (Lei n. 8.906/94, art. 34, VII; CF/88, art. 5º, XIV);

b) Responsabilidade pelo dano causado a terceiros nas situações em que, desviando-se do mandato ou abusando dos poderes que lhe foram conferidos, por conta própria, causar algum dano a terceiros;

c) Responsabilidade pela sua inércia, quando não representa o seu constituinte nos dez dias seguintes à notificação de sua renúncia e vem a causar algum prejuízo;

d) Responsabilidade quando, imputa a terceiro, fato definido como crime, sem a anuência de seu constituinte e em nome deste (Lei n. 8.906/94, art. 34, XV);

e) Responsabilidade nas ocasiões em que, injustificadamente, recusa prestar contas ao seu cliente dos valores recebidos dele ou de terceiros por conta dele (Lei n. 8.906/94, art. 34, XXI);

f) Responsabilidade pela sua omissão de informações a respeito das vantagens e desvantagens da medida judicial a ser intentada; e

g) Responsabilidade pela sua conduta culposa que resulte em perda de uma chance de seu constituinte. (Diniz, 2009)

São essas algumas situações que implicaria no envolvimento da responsabilidade civil do advogado perante o seu cliente.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Neste capítulo, a teoria da perda de uma chance será o alvo de maior exploração, analisando suas origens históricas e sua evolução, buscando demonstrar a responsabilidade civil do advogado voltada para esta teoria.

Neste tópico, também será evidenciada a importância desta teoria para a sociedade e no direito brasileiro, visando à reparação por parte do advogado ao seu cliente, principalmente, nas ocasiões em que não são alcançadas pela legislação pátria.

3.1 A História da Teoria da Perda de uma Chance

O surgimento da teoria da perda de uma chance ocorreu em 17 de julho de 1889, na França, sendo esta data registrada como a ocorrência do caso mais antigo de implementação desta teoria que se tem conhecimento. Nessa ocasião, foi utilizada pela Corte de Cassação francesa a favor de um cidadão que, pela conduta culposa de um oficial Ministerial, foi extremamente prejudicado por ter esgotado todas as possibilidades da ação obter o sucesso, em seu procedimento normal, sendo o demandante devidamente indenizado.⁸⁶

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde se realizar. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. Na França, o tema despertou acirradas discussões doutrinárias influenciando a Corte de Cassação, que passou a conceder indenizações a este título e, consequentemente, a contribuir para a evolução da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.⁸⁷

Após o desenvolvimento da presente teoria, o aumento de discussões doutrinárias foi algo normal que, consequentemente, aumentou o número de julgados nesse

⁸⁶ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo : Atlas.

⁸⁷ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 3.

sentido, fazendo com que a responsabilidade civil pela perda de uma chance alcançasse outros países europeus, conforme se explica a seguir.⁸⁸

Na Itália, a inicial resistência ao acolhimento da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance sucumbiu às consistentes manifestações favoráveis de importantes juristas, como Adriano De Cupis e Mauricio Bocchiola. Assim como na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Passou-se, então, a admitir o valor patrimonial da chance por si só considerada, desde que séria, e a traçar os requisitos para o acolhimento da teoria. Em vez de enquadrar o dano material causado pela perda de uma chance como espécie de lucros cessantes, passou-se a considerá-lo como dano emergente e, assim, a superar o problema da certeza do dano para a concessão de indenização.[...] Quanto aos limites para aplicação da teoria, o ordenamento jurídico italiano exige que a chance perdida seja séria e real. Na maioria dos casos, a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento).⁸⁹

Já no ordenamento jurídico brasileiro:

No Brasil, apesar de haver pouco trabalho especificamente dedicado ao tema, percebe-se, facilmente, que a maioria dos Tribunais, quando diante de um caso concreto de perda de chance, se vê obrigado a reconhecer o valor patrimonial da chance por si só considerada e, assim, a reconhecer a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, exatamente como preconizado na teoria desenvolvida na França e acolhida pelo ordenamento jurídico italiano.⁹⁰

Entenda-se então que, mesmo não havendo previsão legal disponível em nosso ordenamento jurídico acerca desta teoria, os doutrinadores brasileiros, assim como os magistrados de todas as instâncias, vêm utilizando e aperfeiçoando-a, uma prova de que estão destinando mais atenção e valor à teoria da perda de uma chance.

Nesta senda, a responsabilidade civil do advogado, à luz da teoria da perda de uma chance, tem como maior objetivo a reparação dos danos causados por ato negligente do advogado na condução da demanda de interesse do seu cliente, a qual foi frustrada em obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

⁸⁸ *ibidem*

⁸⁹ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 4

⁹⁰ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 4

3.2 Análise geral da Teoria da Perda de Uma Chance

Sem dúvidas que, para compreender totalmente esta teoria, é necessário explicar o que vem ser chance. “O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda.”⁹¹

Utilizando-se da tradução mais pura, verifica-se que para o termo chance a palavra correta seria oportunidade, mas, em virtude do termo chance já estar consagrado tanto na doutrina como na jurisprudência, será utilizado desta forma.⁹²

A perda de uma chance consiste em “situações na vida em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo”.⁹³

Há diversas formas onde existe a perda de uma chance voltada para a teoria, como tais:

Os exemplos são os seguintes: um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa de transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável.⁹⁴

Realizando uma análise dos exemplos, evidenciam-se as características clássicas das hipóteses de utilização da teoria da perda de uma chance, da forma que, será sempre possível entrever, nestes casos, uma “oportunidade” perdida pela vítima. Nestas circunstâncias, frustra-se a possibilidade de ganho esperado pela vítima, necessitando, assim, buscar a procedência da demanda judicial.⁹⁵

Destaca-se que é praticamente impossível identificar, com certeza absoluta, se foi o agente que realizou o ato danoso contra a “oportunidade” supramencionada. Por outro lado, o ato do indigitado na ação de reparação não é uma *condição sine qua non* para a perda da oportunidade, e sim a perda certa de uma chance de poder alcançar uma vantagem.⁹⁶

⁹¹ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 3.

⁹² *ibidem*

⁹³ *Ibidem* p. 1

⁹⁴ *Ibidem* p. 1

⁹⁵ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas.

⁹⁶ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas.

Não podemos afirmar que todo o ato culposo do ofensor foi a causa necessária para a perda do resultado pretendido pela vítima, visto que o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida, ou se a gestante permaneceria viva, é bastante incerto, cercado de fatores exteriores múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial [...] Entretanto não podemos negar que houve um prejuízo, tendo em vista que o demandante perdeu a chance de ver seu processo julgado, o proprietário do cavalo perdeu a chance de ganhar o prêmio, ou seja, o resultado da aposta nunca será conhecido por causa da conduta culposa do ofensor. É este prejuízo que a teoria da perda de uma chance visa indenizar.⁹⁷

Logo, é evidente que a chance, de obter um lucro ou evitar um prejuízo, tem certo valor, um valor de difícil determinação, porém incontestável. Devendo esta chance ser indenizada economicamente, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter experimentado se o ato lesivo não tivesse retirada a possibilidade de atingir o seu propósito.⁹⁸

Neste sentido, o que segue:

Para defender a indenização das chances perdidas no direito italiano, Bocchiola analisa alguns julgados em outros países que a admitem e chega às seguintes conclusões: (i) nestes casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo chance não se indica uma vantagem possível e, consequentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.⁹⁹

Assim, vale ressaltar que o maior objetivo da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance não é de simplesmente indenizar o dano final experimentado pela vítima, mas sim, a perda da chance de obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Vale recordar que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Por exemplo, o contador, assim como o cliente não consegue provar o nexo causal entre a ação ou a omissão do seu advogado e a improcedência da demanda. Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas.¹⁰⁰

⁹⁷ *Ibidem* p. 13

⁹⁸ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas.

⁹⁹ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas.

¹⁰⁰ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas. pag. 142.

Contudo, para que a chance perceba uma indenização, deverá representar muito além do que uma simples expectativa subjetiva, deve ser uma chance séria e real. (Silva, 2009)¹⁰¹

“Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A chance deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade.”¹⁰²

Neste sentido, entende-se que a simples esperança não é passível de indenização, pois a possibilidade de alcançar a pretensão deve ser séria e real para adentrar no domínio do dano ressarcível.¹⁰³

Outrossim, verifica-se o crescimento da utilização desta teoria no direito civil pátrio:

[...]diversos comentaristas e manualistas, ao atualizarem suas obras, passaram a dedicar maior atenção ao tema. Enquanto antigamente o tema da perda de uma chance era tratado em um ou dois parágrafos, atualmente é fácil encontrar capítulos inteiros dedicados ao assunto em manuais de responsabilidade civil.¹⁰⁴

Em relação à citação supramencionada, de acordo com a infiltração da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer que, anos atrás, havia certa contrariedade por parte de doutrinadores nos casos que envolviam a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Por exemplo, em casos em que o advogado deixa de interpor recurso contra sentença proferida de forma desfavorável, entende-se que o direito do cliente de poder exigir qualquer indenização é duvidoso, uma vez que seria quase impossível ou extremamente difícil de prever se a sentença seria reformada ou não.¹⁰⁵

Alguns estudos mais antigos já faziam alusão a possibilidade de indenização da chance perdida. A propósito, José de Aguiar Dias, ao tratar da responsabilidade civil do advogado, chamou de ‘magistrado bisonho’ o prolator de um voto – emanado em um julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo, em 29 de julho de 1936 – que negava a responsabilidade de um advogado pela falta de preparo, relativamente a um recurso de apelação em demanda trabalhista, pois tal fato não constituiria um dano. Sobre a possibilidade de indenização leciona o autor: confundiram-se *an debeatur* e o *quantum debeatur*, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida, que

¹⁰¹ *ibidem*

¹⁰² Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas. pag. 200

¹⁰³ Gonçalves, C. R. (2009). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva.

¹⁰⁴ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 36

¹⁰⁵ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas.

este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior.¹⁰⁶

Contudo, embora o avanço seja evidente, grande parte dos doutrinadores ainda trata o tema superficialmente, sem se aprofundar acerca da teoria, porém há autores de épocas opostas que aceitam a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance em nosso ordenamento.¹⁰⁷

Ressalta-se, que entre os doutrinadores modernos, somente Rui Stoco compartilha de opinião contrária à teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, chegando acreditar que tal teoria pode ser considerada inaceitável em casos que envolvam advogados.¹⁰⁸

Conforme dito acima, segue trecho que corrobora com tal afirmação:

Não há como admitir que outrem substitua o juiz natural da causa para perscrutar o íntimo de sua convicção e fazer um juízo de valor a destempo sobre a ‘possibilidade’ de qual seria a sua decisão, caso a ação fosse julgada e chegasse ao seu termo. Ora, admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria. Ademais e se caracterizar em verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em *ultima ratio*, não verificado ou demonstrado e sem concreção. Por fim, a maior heresia será admitir que o profissional, em uma obrigação contratual de meios, seja responsabilizado pelo resultado. Seria, *datavênia, a summa contradictio*.¹⁰⁹

Realizando uma comparação da opinião acima exposta com a profissão do advogado, chega-se a conclusão que não se defende que o patrono esteja obrigado a apresentar recursos pra todas as causa. Caso fosse entendido dessa forma, o estudo da teoria da perda de uma chance ficaria sem propósito. Logo, é fatalmente necessário verificar a responsabilidade do causídico diante das chances reais e concretas caso o recurso tivesse sido interposto. Entenda-se que a opinião exposta pelo célebre doutrinador é defasada, tendo em vista estar contrária a essência do código civil pátrio, por ter uma natureza solidária baseada na cláusula geral de responsabilidade civil. Conforme segue:

¹⁰⁶ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas. pag. 190

¹⁰⁷ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas.

¹⁰⁸ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas

¹⁰⁹ Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pag. 512

[...] o Código Civil brasileiro estabelece, em seu art. 186, uma cláusula geral de responsabilidade civil, que assim dispõe: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.¹¹⁰

Isto posto, em nosso Código Civil não há nenhum impedimento para a indenização das chances perdidas, assim vejamos:

Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance. Isto porque, assim como os Códigos Civis francês e italiano, o Código Civil Brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance que em determinados casos concretos preencherá os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar. Os ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, corroboram este entendimento, conforme se verifica dos votos proferidos no julgamento do Recurso Especial nº 57.529-DF. Confira-se: ‘Penso eu que tal decisão causa ofensa ao disposto no artigo 159 do Código Civil, cláusula geral que contempla inclusive a hipótese de perda de uma real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem. Não se indeniza a vantagem de quem venceria a concorrência, mas a perda real da oportunidade de concorrer, que é um fato provado, causador de prejuízo de não concorrer, e por isso, incluído no âmbito do artigo 159 do Código Civil, pois foi causado por culpa transportadora.’¹¹¹

Nesta senda, “[...] o tema da responsabilidade civil por perda de uma chance vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro”.¹¹²

Ainda, no mesmo entendimento:

Quando iniciadas as primeiras pesquisas já se observava que o estágio da jurisprudência brasileira em relação a teoria da perda de uma chance era bastante incipiente, o mesmo acontecendo com a doutrina. Apenas alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, faziam menção expressa à referida teoria. O momento atual, porém, e mais uma vez guardando correspondência com a produção doutrinária, se caracteriza pela ebulição da teoria da perda de uma chance em alguns tribunais brasileiros. Além do já citado tribunal gaúcho, que continua trilhando o caminho bem pavimentado por seus acórdãos pioneiros, a sólida jurisprudência de outras casas, como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Alçada do Paraná, entre outros, passa a conferir caráter nacional ao movimento de aceitação da teoria da perda de uma chance, considerada como instrumento útil para o deslinde das ações de reparação de danos.¹¹³

¹¹⁰ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 94.

¹¹¹ Ibidem p. 96

¹¹² Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 47

¹¹³ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas. pag. 194

Diante o crescimento do número de processos julgados que envolvem a aplicação da teoria da perda de uma chance, ainda, há tribunais que empregam esta teoria de forma desacertada. Mesmo com o progressivo avanço, seria temerário afirmar que a teoria da perda de uma chance já é aplicada de forma absoluta pelos tribunais do país.¹¹⁴

Destarte, pode-se compreender que mesmo buscando diversos entendimentos e julgados com opiniões distintas, demonstra-se que nas ocasiões em que a pessoa lesada for impedida diante uma oportunidade séria e real de obter um lucro ou evitar uma perda, evidencia-se a possível aplicação da teoria da perda de uma chance, especialmente nos casos em que há responsabilidade civil do advogado.

Neste sentido, é importante destacar de que maneira ocorre a indenização nas ocasiões em que se configurar a responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance.

A responsabilidade civil na perda de uma chance tem características bem peculiares que a diferenciam das outras situações que envolvem perdas e danos. É que, na perda de uma chance, no caso específico da atuação do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou pra sempre, de examinar a pretensão do seu cliente. Na hipótese da perda do prazo do recurso cabível, este não será apreciado pela instância *ad quem*, de maneira que nunca se saberá o resultado do julgamento, simplesmente porque ele não ocorreu e não mais se terá a oportunidade de ocorrer.¹¹⁵

Complementando:

Na busca do diagnóstico da conduta do advogado que perpetrar um dano ao seu cliente, afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, inevitável é a ocorrência de situações em que a lesão ao patrimônio jurídico do cliente tenha ocorrido por uma conduta omissiva do profissional. Como se trata da perda de uma chance, jamais se poderá saber qual seria o resultado do julgamento se o ato houvesse sido validamente realizado. Conforme a melhor doutrina, a indenização será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado. Como assinada Sérgio Savi, ‘se fosse possível afirmar, com certeza, que o recurso acaso interposto seria provido, a hipótese seria de indenização dos lucros cessantes e não da perda da chance, entendida, repita-se, como dano material emergente.’¹¹⁶

¹¹⁴ *ibidem*.

¹¹⁵ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR. pag. 43

¹¹⁶ Gonçalves, C. R. (2014). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. pag. 284

3.3 O *Quantum* Indenizatório pela perda de uma chance

Em se tratando da espécie do dano em questão, onde não é possível se identificar com o lucro cessante ou com o dano emergente, surge à dificuldade do *quantum* a vítima deverá ser ressarcida, uma vez que esta perdeu somente uma oportunidade. Assim, pode-se o *quantum* indenizatório ser aplicado na esfera da responsabilidade civil pela perda de uma chance da seguinte forma:

A quantificação do dano será feita por arbitramento (Código Civil, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Desse modo, se o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado desidioso entender, depois de uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso da ação em que este perdeu o prazo para a interposição do recurso adequado, que a chance de obter o resultado útil esperado era, por exemplo, de 70% (setenta por cento) do valor pretendido na ação tornada infrutífera em razão da negligência do advogado.¹¹⁷

Corroborando o entendimento:

[...] para a quantificação da indenização do dano decorrente da perda de uma chance o juiz deverá partir do valor do resultado útil esperado e sobre este fazer incidir o percentual das probabilidades da vítima obter aquele resultado, não fosse o ato do ofensor. O caso do advogado que perde o prazo para interposição de um recurso de apelação pode ser utilizado como exemplo da forma exata de quantificação do dano da perda da chance. Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para a cobrança de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que a sentença tenha sido proferida por um juiz inexperiente, que tenha analisado equivocadamente as provas e julgado improcedente o pedido de cobrança e que, após a publicação da sentença de improcedência, o advogado do autor perca o prazo para a interposição de recurso de apelação. Caso o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado negligente chegue a conclusão de que o cliente tinha 90% (noventa por cento) de chance de ganhar o recurso não interposto, deverá partir do resultado útil esperado, no caso R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e fazer incidir sobre este valor o percentual das chances perdidas, qual seja, 90% (noventa por cento). Assim, nesta hipótese, o valor da indenização a título de danos materiais seria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).¹¹⁸

Assim, para que haja a condenação do advogado incurioso a vítima deverá comprovar que a chance perdida aconteceu devido a uma ação culposa de seu patrono, juntamente com os requisitos de que a oportunidade era séria e real, e não somente mera expectativa.

¹¹⁷ Ibidem p. 285

¹¹⁸ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas. pag. 69

Desta forma, para que haja a configuração da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, é necessária a comprovação do verdadeiro dano em cada caso concreto, seguindo algumas exigências, quais sejam: o ato voluntário negligente, o nexo de causalidade entre o ato e a perda da chance, e a seriedade da chance perdida.

Ademais, tendo em vista a perda da chance ser um dano independente, é importante destacar que a sua indenização deverá ser baseada na vantagem que a vítima deixou de auferir e não a vantagem propriamente dita, conforme o entendimento a seguir:

Devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que é obrigado a fazer um juízo prognóstico sobre a probabilidade concreta que o sujeito tinha de conseguir o resultado. O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano indenizável. Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.¹¹⁹

Após o esclarecimento das peculiaridades que envolvem a responsabilidade civil pela perda de uma chance, revela-se que nos casos em que haja a possibilidade de aplicação da teoria em tela, onde é comprovado o nexo de causalidade entre a conduta culposa do advogado e a perda da chance por parte do cliente, estará caracterizada a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Se após a análise do caso concreto pelo magistrado competente, este decidir pela condenação, o agente será judicialmente obrigado a indenizar a vítima pela real perda da chance, que será calculada com base na probabilidade que a vítima tinha de alcançar o objetivo, não podendo ser o valor total da oportunidade perdida.

3.4 Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Advocacia e o Posicionamento Jurisprudencial

Este último tópico do Capítulo 3 tem por objetivo demonstrar como a teoria da perda de uma chance esta sendo aplicada na advocacia e na jurisprudência brasileira, comprovando que a responsabilidade civil pela perda de uma chance está sendo cada vez mais reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio.

¹¹⁹ Ibidem p. 113

3.4.1 Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Advocacia

Conforme já tratado no presente trabalho, vale lembrar que a responsabilidade do advogado no exercício da sua profissão, normalmente, constitui uma obrigação de meio, onde tem o dever de se dedicar empenhando todas as suas habilidades para obter o resultado pretendido pelo seu cliente.

Lógico que toda regra há exceção e, em se tratando do instituto da responsabilidade civil do advogado, isso não é diferente, tendo em vista que, em determinados casos, a responsabilidade do advogado, no exercício do seu ofício, não constituirá uma obrigação de meio, e sim de resultado, como na confecção de um contrato ou da minuta de uma escritura pública.¹²⁰

Nesta ótica, onde a obrigação do advogado é contratual, que decorre do mandato que lhe é outorgado, vejamos:

Recebendo a procuração o advogado tem o dever contratual de acompanhar o processo em todas as fases, observando os prazos e cumprindo as imposições do patrocínio, como seja: falar nas oportunidades devidas, comparecer às audiências, apresentar as provas cabíveis, agir na defesa do constituinte em juízo, dos seus interesses com o máximo de atenção, diligência e técnica, encontrar soluções adequadas para as questões que se apresentem e mais do que tudo se esforçando para que tenha a causa um bom termo, não lhe restando qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa, a não ser que atingido por culpa sua.¹²¹

Sempre que existir uma obrigação contratual o patrono da causa que cometer erros durante o desempenho de seu mandato deverá responder por eles. Contudo, para que o erro gere a responsabilidade civil do advogado, não pode ser qualquer tipo de erro, e sim o erro irrecusável, ou seja, um erro grosseiro, de fato ou de direito, advindo da ignorância do texto expresso da lei, da doutrina e da jurisprudência.¹²²

Desta forma, o advogado que por incúria profissional, faltando com cautela e diligência necessária, deverá ser responsável pelos danos gerados ao seu outorgante, ficando inseridas as lesões causadas pela perda de uma chance.

Ressalta-se que, para configurar a responsabilidade civil do advogado, é absolutamente necessário que a sua ação seja culposa, sendo este um requisito indispensável para a existência de responsabilidade civil por parte deste profissional.

¹²⁰ Gonçalves, C. R. (2009). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva.

¹²¹ Damian, K. (28 de Março de 2008). *Universo Jurídico*. Disponível em: < http://uj.novaprolin-k.com.br/doutrina/5095/a_responsabilidade_civil_do_advogado_pela_perda_de_uma_chance >. Acesso em 05 de 2013,

¹²² *ibidem*

Neste sentido, o advogado será responsável civilmente quando:

Pela conduta culposa que resultou em perda da chance de seu constituinte de: a) ver seu pleito analisado em instância superior, havendo probabilidade de o recurso cabível não interposto ser bem sucedido; b) conseguir produção de prova necessária ao êxito de sua pretensão, que seria provável se tal prova tivesse sido provocada, etc. Ter-se-á perda de uma chance [...], quando por culpa do advogado o patrimônio do cliente sofre uma lesão, até mesmo se deixar prescrever uma pretensão de seu constituinte, se dispensar perícia médica imprescindível para elucidar dano físico causado por um desastre. Pela perda da chance o advogado deverá ser responsabilizado civilmente, exceto se comprovar que, p. ex., a interposição daquele recurso ou a realização da referida prova não traria qualquer benefício ao seu constituinte.¹²³

No mesmo sentido, pode-se verificar diversas outras ocasiões que configurará a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, dentre elas: pedido não formulado, falta de propositura da ação judicial, não interposição de recurso, omissão na produção de prova necessária, extravio de autos, ausência de contrarrazões ao recurso, ausência de sustentação oral do recurso e ação rescisória não proposta.¹²⁴

Em relação à perda de prazo para interposição de recurso, esclarece-se:

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos. Tanto isso é verdade, que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instância, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar. No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença da primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negocial desse crédito. O crédito valia dez. Suposta sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco. Se este cálculo não traduz exatamente o prejuízo, representa, em todo o caso, o dano pôde ser provado, e cujo ressarcimento é devido.¹²⁵

É propício salientar que não são em todas as ocasiões, em que o advogado deixar de propor a ação judicial, que ele poderá ser responsabilizado civilmente pela perda da chance, mas somente quando ocorrer a prescrição do direito do autor.

Assim, para que o advogado se isente da responsabilidade pela perda de uma chance caberá demonstrar “[...] que mesmo se fosse a ação proposta adequadamente,

¹²³ Diniz, M. H. (2009). *Curso de Direito Civil Brasileiro 7º Volume*. São Paulo: Saraiva. pag. 286

¹²⁴ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR.

¹²⁵ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas. pag. 66

antes da prescrição, o cliente não obteria em seu favor a condenação no pagamento daquelas parcelas”.¹²⁶

Estas são algumas das formas em que a negligente atuação do advogado no exercício de sua profissão afasta a possibilidade do seu cliente obter o sucesso pretendido em ação que faz parte, ou seja, obter a procedência (quando autor) ou improcedência (quando réu) da demanda judicial.

3.4.2 Posicionamento Jurisprudencial acerca da Teoria da Perda de uma Chance

Por fim, este último tópico do presente trabalho, tem como foco a compreensão de como vem sendo tratada a matéria atinente à responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, analisando, juntamente com a doutrina, alguns julgados relevantes de nossos tribunais.

Primeiramente, é de grande importância expor o primeiro julgado que tratou da responsabilidade civil pela perda de uma chance ocorrido em 1990, dando, assim, o “ponta pé inicial” para que outros órgãos jurisdicionais começassem a levar esta teoria em consideração no momento de proferir suas decisões. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NÉVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NÃO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E DE INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE.

1. Indenização. Danos causados por erro médico. Comprovado. Intervenção Cirúrgica. Cirurgia eletiva para correção e miopia. Resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Relação de causa e efeito. Responsabilidade. Critério para sua fixação. Por perda de uma chance. Caracterização. 2. Responsabilidade Civil. Médico. Culpa. Reconhecida. Médico Cirurgião.¹²⁷

Neste caso, a situação em questão foi uma ação de indenização de danos causados por falha médica, onde o paciente se submeteu a uma cirurgia para correção de miopia e que, infelizmente, devido ao erro de seu médico, ocasionou uma hipermetropia, além de diversas lesões na córnea, que, inclusive, lhe causaram névoa no olho operado. Ocorre que para a decisão desta demanda, o Tribunal optou pela não aplicação da teoria da perda de uma chance.¹²⁸

¹²⁶ Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR. pag. 73

¹²⁷ Apelação Cível Nº 589069996 (Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior 12 de Junho de 1990).

¹²⁸ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas.

Ao analisar a prova dos autos, o Tribunal chegou à conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram em consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia. Ou seja, neste caso foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo, portanto, que se falar em indenização da chance perdida, conforme se extrai do voto do Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.¹²⁹

Vale relembrar que a perda de uma chance é capaz de acarretar a obrigação de indenizar danos morais incorporados aos danos materiais pela perda da chance, conforme foi visto no primeiro capítulo deste trabalho.

Neste diapasão, seguem abaixo, partes do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Todavia, na qualidade de advogado constituído pela autora-apelante, entendeu o réu-apelado pertinente a interposição de apelação naquela demanda, o que implicou no surgimento de normal expectativa, por parte da sua constituinte, quanto à possível modificação do *decisum*, expectativa esta, no entanto, prematuramente frustrada em razão do não recebimento do recurso, ante a extemporânea devolução dos autos do processo em cartório (CPC, art. 195). [...] Posta a questão nesta ordem fática e jurídica de fundamentação, mister concluir-se, por primeiro, descaber realmente a indenização por danos materiais, mas, não obstante, irrecusável a configuração de sua responsabilidade por danos morais.

Concernentemente aos danos materiais, na verdade, o pleito da autora-apelante não comportava mesmo êxito, do que decorre o improvimento do inconformismo nesta parte.

Assim é que as teses sustentadas pela apelante na ação de cobrança foram todas rejeitadas por sentença que julgou procedente a demanda e improcedente a reconvenção. Restou judicialmente desacolhida, portanto, a pretensão de restituição ou compensação dos valores pagos, cuja eventual reforma da sentença, em sede recursal, inseria-se no campo da mera expectativa.

Porém, no que se refere ao sustentado dano moral, impõe-se o reconhecimento de sua efetiva configuração, com fixação, entretanto, da indenização em quantia inferior à almejada.

Com efeito, embora não se possa presumir ou tomar como certo o provimento do apelo e conseqüente reforma da sentença proferida na ação de cobrança, o fato juridicamente relevante e inarredável é que a autora teve frustrada, em razão da omissão culposa do réu, o seu legítimo direito de submeter ao segundo grau de jurisdição a apreciação de teses jurídicas sustentadas por ela, a seu prol, na referida reconvenção.

Essa frustrada supressão da via recursal, pela perda do prazo respectivo, teve o condão de causar à autora inegável abalo moral, tento mais em face da sua compreensível crença na possibilidade de reforma daquela sentença, concernentemente ao pleito reconvenicional, contrária aos seus interesses.¹³⁰

Pode-se analisar diante o voto do Desembargador relator que o Tribunal não considerou presentes as condições para enquadrar o dano material decorrente da perda da

¹²⁹ Ibidem p. 48

¹³⁰ Apelação Cível nº 179.675-4.6 (6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo Des. Sebastião Carlos Garcia 16 de Setembro de 2004).

chance. Porém, por outro lado, foi afirmado no acórdão que a perda da mera expectativa de reforma do julgado teve o condão de causar danos morais a vítima, no caso a autora da ação.

Esclarecendo, prossegue-se:

Em conclusão haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também ser considerada um ‘agregador’ do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente mora, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material [...].¹³¹

Isto posto pode-se afirmar que os danos decorrentes da perda da chance não serão exclusivamente morais. Ocorre que na maioria dos casos a chance perdida é muito remota, sendo apenas mera expectativa, tornando-se inviável a aplicação de indenização por dano material, mas tão somente dano moral. Contudo, há casos em que sendo comprovada a perda da chance, poderá haver a condenação dos danos materiais pela perda da chance e danos morais, acumulados na decisão.

Vale salientar que o maior problema evidenciado na aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance pelos tribunais brasileiros está na quantificação dos danos. Situação esta que se agrava na medida em que a maioria das decisões decide pelo *quantum* indenizatório do dano em procedimento de liquidação de sentença, transferindo o problema para o juiz da execução.¹³²

Neste sentido, veja-se:

Mesmo em alguns acórdãos nos quais a quantificação do dano pela perda de uma chance é levada a cabo, não há qualquer menção expressa à metodologia empregada para se chegar ao valor conferido à vítima, denotando, para o operador do direito, a impressão de uma quantificação realizada por sentimento, isto é, sem qualquer critério técnico. (Silva, 2009, p. 221)¹³³

Pode-se citar como exemplo o seguinte acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO

¹³¹ Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas. pag. 60.

¹³² *Ibidem*

¹³³ *Ibidem* p. 221

EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando o mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do Código Civil Brasileiro. Apelo Desprovido.¹³⁴

Segue explicação:

Neste caso, o advogado perdeu o prazo para a interposição do recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses do constituinte. O acórdão reconheceu o dano decorrente da perda da chance. Contudo, ao quantificar o dano, condenou o advogado réu ao pagamento de tudo aquilo que seu cliente faria jus se o recurso tivesse sido interposto no prazo legal e provido pelo tribunal.¹³⁵

Neste acórdão, pode-se notar que não se quantificou de forma ideal os danos referentes à responsabilidade civil por perda da chance, tendo em vista que o advogado negligente foi condenado ao pagamento dos lucros cessantes sofridos pela vítima, ou seja, o relator quantificou a indenização de forma incorreta, uma vez que, como já visto, não seria possível prever o provimento do recurso caso este fosse corretamente interposto. O máximo que poderia presumir seria uma grande probabilidade do recurso ter êxito, devendo esta probabilidade ser indenizada e não o valor final da vantagem perdida pela vítima.

Assim, neste caso, a quantificação da indenização não poderia abarcar a vantagem total esperada pelo cliente com o provimento do recurso, mas sim deveria ser abaixo do valor total que o cliente teria a possibilidade de auferir, pois, se fosse possível afirmar com toda certeza que o recurso seria provido, entraríamos no âmbito da indenização por lucros cessantes.¹³⁶

Em relação à aplicação correta dos pressupostos para indenização das chances perdidas, segue a ementa abaixo:

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DE ADVOGADO, QUE SERIA RESPONSÁVEL PELA REVELIA E INTERPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE APELAÇÃO. PROVA QUE SÓ PERMITE CONCLUIR PELA CULPA DO PROFISSIONAL NA ÚLTIMA HOPÓTESE. PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE, PORÉM, DA SERIEDADE E VIABILIDADE DA CHANCE PERDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO PRESENTES NA ESPÉCIE.

¹³⁴ Apelação Cível nº 70005473061 (9ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano 10 de Dezembro de 2003).

¹³⁵ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas.

¹³⁶ Ibidem

ACOLHIMENTO DO PEDIDO APENAS PARA CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL AO RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS PAGOS PELOS AUTORES E PREPARO DO RECURSON INTEMPESTIVO. APELO PROVIDO EM PARTE.¹³⁷

Neste caso concreto, de acordo com o voto do Desembargador relator, o advogado agiu com negligência, uma vez ter perdido o prazo do recurso. No entanto, as possibilidades para a reforma da sentença recorrida eram mínimas, e, devido a isso, o pedido de indenização foi corretamente negado pela perda da chance de procedência da ação.¹³⁸

Continuando a análise jurisprudencial, vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. PROBABILIDADE SÉRIA E REAL. SITUAÇÃO DE VANTAGEM. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. EXTINÇÃO DA OPORTUNIDADE. DEVER DE REPARAÇÃO. PROBABILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE SITUAÇÃO VANTAJOSA. Independentemente da certeza em relação à concretização da chance, sua perda, quando configurar em si mesma uma probabilidade séria de ser obtida uma situação de vantagem, implica numa propriedade integrante da esfera jurídica de seu titular, passível, portanto, quando presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, de ser indenizada. Havendo nexo de causalidade entre conduta afrontosa ao princípio da boa-fé objetiva e a dissipação da oportunidade de ser obtida uma situação vantajosa pela outra parte contratante resta constituída a responsabilidade civil pela perda de uma chance. O *quantum* indenizatório na responsabilidade civil pela perda de uma chance deve ser fixado em percentual que incidindo sobre o valor da vantagem que poderia ser auferida, represente de forma razoável a probabilidade de ser configurada as expectativas da parte lesada, não podendo, contudo, em qualquer hipótese, ser confundida com a própria vantagem que poderia ter sido obtida. Recurso parcialmente provido.¹³⁹

Visto o caso acima, percebe-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a perda de uma chance, quando séria e real, é passível de indenização. Salientou, também, que o dano deve corresponder somente a chance perdida e não a vantagem que se esperava, onde a vítima deve comprovar o nexo causal entre a chance perdida e o ato danoso do agente. Desta maneira, seguindo corretamente forma de quantificação da indenização, o órgão julgador observou o requisito fundamental que deve ser levado em consideração no momento da aplicação do *quantum* indenizatório, onde a reparação da chance perdida deve ser uma porcentagem da vantagem que poderia ser auferida, fazendo com que a indenização repare a chance perdida e não o dano total final.

¹³⁷ Apelação Cível nº 70005635750 (6ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira 17 de Setembro de 2003).

¹³⁸ Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas.

¹³⁹ Apelação Cível nº 1.0024.05.700546-4/001 (11ª Câmara Cível Tribunal de Justiça de Minas Gerais Des. Selma Marques 09 de Outubro de 2008).

Em se tratando de ajuizamento intempestivo de reclamação trabalhista, vejamos o julgado abaixo:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. DESÍDIA. NÃO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA TEMPESTIVAMENTE. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1.A teoria da perda de uma chance foi originalmente desenvolvida para dar respostas às perplexidades derivadas da dificuldade de se indenizar a frustração de uma oportunidade de ganho, nas hipóteses em que há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão. Nesta senda, verifica-se a plena adequação da aplicação da referida teoria aos casos de responsabilidade civil de advogado negligente, desde que a falha na prestação dos serviços contratados implique na frustração da oportunidade do contratante em almejar posição mais benéfica, a qual possivelmente seria alcançada se não houvesse a ocorrência do ilícito praticado.

2.A doutrina majoritária considera a indenização pela perda de uma chance como uma terceira modalidade de dano material, a meio caminho entre o dano emergente e os lucros cessantes.

3.Na espécie fática retratada nos autos – prescrição de direitos trabalhistas em razão da falha na prestação de serviços por advogados prepostos do Sindicato réu, que, possuindo os documentos necessários, não ajuizaram reclamação trabalhista de modo tempestivo -, o fator negligência se aglutina com a variável alta chance de sucesso a fim de emergir o dever de o demandado indenizar a oportunidade perdida.

4.*In casu*, além dos danos materiais oriundos da frustração de uma possibilidade real de ganho, ressoa cristalino que o descuido inescusável do demandado também ocasionou danos de ordem moral ao autor. De fato, os danos causados ao requerente transcenderam em muito ao mero dissabor ou aborrecimento, afetando diretamente sua paz de espírito e sua tranquilidade psíquica.

5.Apelação do réu conhecida e desprovida. Apelação do autor conhecida e parcialmente provida.¹⁴⁰

No mesmo sentido, a corte do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios julgou condenando o advogado negligente, tendo em vista este não ter ajuizado tempestivamente reclamação trabalhista, a despeito de possuir todos os documentos necessários para fazê-lo, causando a prescrição dos direitos trabalhistas do autor da ação. Na aplicação da quantificação da indenização, o Tribunal também entendeu corretamente que o dano, que deverá ser ressarcido, seria o da perda da oportunidade em alcançar uma posição mais benéfica pelo contratante do serviço advocatício.

Ante ao exposto, neste último tópico referente à aplicação da teoria da perda de uma chance na advocacia e o posicionamento jurisprudencial, verifica-se que a matéria vem se solidificando tanto no âmbito comportamental doutrinário dos advogados quanto nos entendimentos dos tribunais pátrios.

Desta forma, pode-se verificar que a aplicação da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro está em constante evolução,

¹⁴⁰ Apelação do réu conhecida e desprovida. Apelação do autor conhecida e parcialmente provida.” (Apelação Cível nº 2011 07 1 004247-2, 2013)

demonstrando o dinamismo do direito que sempre está evoluindo para atender as necessidades da sociedade, que está sempre em busca da lúdima justiça.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico permitiu analisar o instituto da responsabilidade civil voltado para a figura do advogado, que se tratando de um profissional liberal poderá ser responsabilizado civilmente pela perda de uma chance, que ocorre quando o cliente se vê privado de auferir um benefício em decorrência de um ato negligente de seu patrono.

Como se verificou, o instituto da responsabilidade civil sempre buscou a justiça na sociedade, com o objetivo de reparar os danos causados aos cidadãos de boa-fé, de uma forma que o causador do dano pudesse compensar a vítima pela lesão experimentada. Então por volta de 1889, surgiu na França e logo em seguida se espalhou pela Europa, uma nova maneira de interpretar a responsabilidade civil, constituída na teoria da perda de uma chance. No Brasil só veio a ser difundida no ano de 1990, com o intuito de abranger a matéria da responsabilidade civil.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance visa a reparação do dano causado por um ato que ofende a chance da vítima de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, existindo somente quando a chance da vítima for considerada séria e real e não uma simples expectativa, sendo justificada pelo nexo de causalidade entre o dano e o ato.

No trabalho em tela, focou-se no caso específico do advogado, no qual tem a sua responsabilidade civil no âmbito contratual, cujos prejuízos que vier a causar culposamente contra o seu cliente, no exercício de seu mandato, deverão ser indenizações, inclusive, pela perda da chance.

Conforme já dito em diversas oportunidades ao longo do trabalho aqui apresentado, um caso que pode ser exemplificado para a melhor compreensão da aplicação da teoria da perda de uma chance na esfera da profissão do advogado, é aquele em que o patrono da causa deixa de interpor recurso em determinada ação judicial, afastando definitivamente as chances do recurso ser apreciado pelo tribunal competente, frustrando a tentativa de seu cliente em buscar um lucro ou evitar um prejuízo.

Desta forma, torna-se indiscutível a aplicabilidade da referida teoria no exercício da advocacia, tendo em vista ser completamente compreensível e justo o advogado que, no exercício de seu mandato, ocasionar danos por uma conduta culposa ao seu cliente.

Todavia, para a correta aplicação da teoria da perda de uma chance, é necessário observar que não é qualquer forma de chance que deve ser indenizada, e sim, a chance séria e real, aquela que é abrangida por grande probabilidade de obter o sucesso.

O magistrado, após verificar tal condição de aplicabilidade da teoria em comento, se deparará com a dificuldade em estabelecer a quantificação do dano, devendo sempre analisar cada caso concreto, realizando um juízo de valor acerca das probabilidades de sucesso do caso. Desta forma, o juiz no momento que proferir a sentença, deverá analisar o caso em mãos para chegar ao valor correto a ser reparado pelo ofensor, auferindo qual era o percentual provável que a chance perdida tinha em relação ao sucesso que a demanda poderia obter.

Nesta senda, apesar de não haver nenhum dispositivo em nosso ordenamento jurídico que trate da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o entendimento doutrinário e jurisprudencial que vem se firmando é de que a indenização da chance perdida é absolutamente possível, pois constitui um dano específico, uma vez que a indenização deve estar voltada para frustração do cliente em obter determinada vantagem e não pela vantagem perdida.

Assim, após verificar a crescente aplicação da teoria da perda de uma chance nos tribunais brasileiros, principalmente ao profissional da advocacia, demonstra-se ser o reflexo da evolução do direito, buscando sempre evoluir junto à sociedade, com o intuito de tornar a responsabilidade civil cada vez mais solidária e justa, de maneira que a sua aplicação possa sempre assegurar a lédima justiça.

REFERÊNCIAS

Apelação Cível nº 1.0024.05.700546-4/001 (11ª Câmara Cível Tribunal de Justiça de Minas Gerais Des. Selma Marques 09 de Outubro de 2008).

Apelação Cível nº 179.675-4.6 (6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo Des. Sebastião Carlos Garcia 16 de Setembro de 2004).

Apelação Cível nº 2011 07 1 004247-2 (2ª Turma Cível Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Des. Waldir Leôncio Lopes Junior 14 de Dezembro de 2013).

Apelação Cível Nº 589069996 (Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior 12 de Junho de 1990).

Apelação Cível nº 591064837, 591064837 (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul 29 de Agosto de 1991).

Apelação Cível nº 70005473061 (9ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano 10 de Dezembro de 2003).

Apelação Cível nº 70005635750 (6ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira 17 de Setembro de 2003).

Apelação Cível nº 70025788159, 70025788159 (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Julho de 2009).

Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro art. 186*. São Paulo, Brasil: Saraiva.

Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro art. 393*. São Paulo: Saraiva.

Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro art. 944*. São Paulo: Saraiva.

Brasil. (2013). *Código Civil Brasileiro, Art. 927*. São Paulo, Brasil: Saraiva.

Brasil. (2013). *Constituição Federal art. 133*. São Paulo: Saraiva.

Brasil. (2013). *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo, Brasil: Saraiva.

Brasil. (2013). *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil art. 32*.

Brasil. (2013). *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil art.2*.

Damian, K. (28 de Março de 2008). Universo Jurídico. Disponível em http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5095/a_responsabilidade_civil_do_advogado_pela_perda_de_uma_chance. Acesso em 05 de 2013,

Dias, S. N. (1999). *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTR.

Diniz, M. H. (2009). *Curso de Direito Civil Brasileiro 7º Volume*. São Paulo: Saraiva.

Filho, R. P., & Gagliano, P. S. (2010). *Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva.

Filho, S. C. (2014). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas.

Gagliano, P. S. (2007). *Novo Curso de Direito Civil Volume III*. São Paulo : Saraiva.

Gonçalves, C. R. (2014). *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil* . São Paulo: Saraiva.

Junior, A. L. (2003). *Responsabilidade Civil do Advogado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Junior, G. D. (2001). *Responsabilidade Civil do Advogado e a Ética no Exercício da Profissão*. Curitiba: Juruá.

Lopes, M. M. (1962). *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

OAB. (13 de Fevereiro de 2013). Acesso em 15 de Abril de 2013, disponível em Ordem dos Advogados do Brasil <http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>

Savi, S. (2009). *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas.

Silva, R. P. (2009). *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo : Atlas.

Sollberg, R. G. (01 de Dezembro de 2009). Âmbito Jurídico . Fonte: www.ambito-juridico.com.br

Stoco, R. (2007). *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Venosa, S. d. (2011). *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas.